

**Titel:**

**Kostenfestsetzung im Insolvenzverfahren – Abzug der Ausgaben für die Betriebsfortführung auch in Altfällen**

**Normenketten:**

GKG § 58 Abs. 1 idF bis zum 31.12.2020

KV-GKG Nr. 2310, Nr. 2320

InsO § 63 Abs. 1 S. 2

**Orientierungssatz:**

**Im Falle einer Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter sind auch in Altfällen bei der Bestimmung des für die Höhe der Gerichtskosten maßgeblichen Wertes der Insolvenzmasse die geschäftlich veranlassten Ausgaben der Betriebsfortführung abzuziehen. An dem Senatsbeschluss vom 08.08.2012 - 11 W 832/12 = BeckRS 2012, 18497 wird nicht mehr festgehalten. (Rn. 14)**

**Schlagworte:**

Kosten des Insolvenzverfahrens, Verfahrensbeendigung, Verfahrensgebühr, Ausgaben für die Betriebsfortführung, Abzug

**Vorinstanzen:**

LG Memmingen, Beschluss vom 01.07.2021 – 44 T 785/21

AG Memmingen, Beschluss vom 20.04.2021 – 1 IN 30/12

**Fundstellen:**

ZInsO 2022, 1682

JurBüro 2022, 306

MDR 2022, 982

ZIP 2022, 2140

LSK 2022, 9136

NZI 2022, 664

BeckRS 2022, 9136

ZRI 2022, 949

**Tenor**

Auf die weitere Beschwerde des Insolvenzverwalters werden die Beschlüsse des Landgerichts Memmingen vom 01.07.2021 und des Amtsgerichts Memmingen vom 20.04.2021 abgeändert:

Der Kostenansatz des Amtsgerichts Memmingen, Az. 1 IN 30/12, vom 10.03.2021 (Blatt IV des Kostenheftes) wird dahingehend abgeändert, dass die 0,5 Gebühr nach Nr. 2310 KV GKG mit 953,00 EUR und die 2,5 Gebühr nach Nr. 2320 KV GKG mit 4.765,00 EUR anzusetzen sind.

**Gründe**

I.

1

Im Insolvenzantragsverfahren über das Vermögen des ... wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Memmingen vom 10.02.2012 der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner zugelassen, die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Durch Beschluss des Amtsgerichts Memmingen vom 02.05.2012 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der bisherige vorläufige Insolvenzverwalter wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schriftsatz vom 19.11.2020 legte der Insolvenzverwalter den Schlussbericht vor.

2

Im Rahmen des Kostenansatzes vom 10.03.2021 (Blatt IV des Kostenheftes) setzte das Amtsgericht Memmingen neben weiteren (nicht streitigen) Kostenpositionen eine 0,5 Gebühr nach Nr. 2310 KV GKG in Höhe von 5.003,00 EUR und eine 2,5 Gebühr nach Nr. 2320 KV GKG in Höhe von 25.015,00 EUR an. Die jeweils zugrunde gelegte Berechnungsmasse von 2.807.418,00 EUR wurde hierbei unter Verweis auf den Beschluss des OLG München vom 08.08.2012 - 11 W 832/12 - ohne Abzug der Kosten der Betriebsfortführung gebildet.

### **3**

Mit Schriftsatz vom 13.04.2021 legte der Insolvenzverwalter gegen diesen Kostenansatz Erinnerung ein. Er wandte sich hierbei gegen die Bildung der Berechnungsmasse für die Gerichtskosten ohne Abzug der Kosten der Betriebsfortführung. Zwar sei die Neufassung des § 58 GKG aufgrund der Übergangsvorschrift des § 71 Abs. 3 GKG für das vorliegende Verfahren nicht anwendbar. Die Änderung des § 58 GKG zeige jedoch, dass der Gesetzgeber nicht zur Auffassung des OLG München neige. Bei der Ergänzung des § 58 Abs. 1 Satz 1 GKG handle es sich ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs vom 31.07.2020 um eine Klarstellung des Gesetzes, die die bisherige unterschiedliche Handhabung durch die Oberlandesgerichte habe beenden sollen. Es sei daher für alle Insolvenzverfahren unabhängig von der Fälligkeit der Gebühren auf den Nettoerlös abzustellen. Dies fördere die Sanierungsfähigkeit von Unternehmen erheblich und reduziere die Insolvenzquote nicht unverhältnismäßig.

### **4**

Durch Beschluss des Kostenbeamten des Amtsgerichts Memmingen vom 15.04.2021 wurde der Erinnerung des Insolvenzverwalters nicht abgeholfen und die Erinnerung wurde dem Insolvenzgericht zur Entscheidung vorgelegt.

### **5**

Das Amtsgericht Memmingen - Insolvenzgericht - half der Erinnerung durch Beschluss vom 20.04.2021 nicht ab. Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München bleibe für Verfahren, bei denen die Gebühren vor dem 01.01.2021 fällig geworden seien, weiter beachtlich. Die Ausführungen der Bundesregierung im Rahmen der Neuregelung vermöchten daran nichts zu ändern.

### **6**

Der Insolvenzverwalter legte gegen die Entscheidung vom 20.04.2021 mit Schriftsatz vom 12.05.2021 unter Wiederholung der Argumentation in der Erinnerung Beschwerde ein.

### **7**

Nach Einholung einer Stellungnahme der Bezirksrevisorin, welche für die Staatskasse die Zurückweisung der Beschwerde beantragte, half das Amtsgericht Memmingen - Insolvenzgericht - durch Beschluss vom 25.05.2021 der Beschwerde aus den im angefochtenen Beschluss genannten Gründen nicht ab. Ergänzend führte es aus, der Tenor des angefochtenen Beschlusses sei so zu verstehen, dass es sich richtig um eine Zurückweisung der Erinnerung gegen den Kostenansatz handle.

### **8**

Nach Vorlage an das Landgericht Memmingen wurde das Verfahren durch Beschluss vom 30.06.2021 wegen grundsätzlicher Bedeutung der Kammer zur Entscheidung übertragen.

### **9**

Durch Beschluss des Landgerichts Memmingen vom 01.07.2021 wurde die Beschwerde des Insolvenzverwalters vom 12.05.2021 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Memmingen vom 20.04.2021 unter Zulassung der weiteren Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Die Kammer schloss sich aus den dortigen Gründen der Rechtsprechung des OLG München an. Die Gesetzesänderung zum 01.01.2021 stehe dem nicht entgegen, da die in Rede stehenden Verfahrensgebühren bereits lange vor Inkrafttreten der Änderung fällig gewesen seien. Die Begründung zu der Gesetzesänderung könne aus den vom Amtsgericht zutreffend herausgearbeiteten Gründen nicht zur Auslegung der früheren Vorschriften herangezogen werden. Dass eine Änderung seitens des Gesetzgebers für notwendig erachtet worden sei, bestätige vielmehr, dass nach dem alten Recht der Bruttoansatz zu wählen gewesen sei.

### **10**

Mit Schriftsatz vom 12.08.2021 legte der Insolvenzverwalter gegen den Beschluss vom 01.07.2021 weitere Beschwerde ein.

**11**

Das Landgericht Memmingen half der weiteren Beschwerde durch Beschluss vom 30.08.2021 aus den im angefochtenen Beschluss genannten Gründen nicht ab und legte die Akten dem Oberlandesgericht München zur Entscheidung über die weitere Beschwerde vor.

II.

**12**

Die zulässige weitere Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Für die Bemessung der Gerichtsgebühren waren bei der Bestimmung des Wertes der Insolvenzmasse die Ausgaben der Betriebsfortführung abzuziehen; der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr fest.

**13**

1. Zwar ist der neu eingefügte § 58 Abs. 1 Satz 3 GKG gemäß § 71 Abs. 3 GKG nicht anwendbar, da die Kosten vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 01.01.2021 fällig geworden sind.

**14**

2. Auch in Altfällen sind jedoch im Falle einer Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter bei der Bestimmung des Wertes der Insolvenzmasse für die Berechnung der Gerichtsgebühren die geschäftlich veranlassten Ausgaben der Betriebsfortführung abzuziehen.

**15**

2.1. Vor Einfügung von § 58 Abs. 1 Satz 3 und 4 GKG durch das KostRÄG 2021 war streitig, ob bei der Wertbestimmung im Fall der Unternehmensfortführung die im Rahmen der Fortführung erzielten Einnahmen nur insoweit berücksichtigt werden, wie sie die betrieblichen Aufwendungen übersteigen, also nur der Reinerlös in Ansatz zu bringen ist („Nettoansatz“), oder aber die Aufwendungen nicht abzuziehen sind („Bruttoansatz“ - vgl. Janssen in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 3. Aufl., § 58 GKG Rn. 5a).

**16**

2.2. Das Oberlandesgericht München ging bislang vom Bruttoansatz aus (OLG München, Beschluss vom 25.04.2017 - 21 W 2/17, NZI 2017, 547; Beschluss vom 08.08.2012 - 11 W 832/12, juris Rn. 9 ff).

**17**

Hierfür wurde im Wesentlichen angeführt, dass § 58 GKG auf den „Wert der Insolvenzmasse“ zur Zeit der Beendigung des Verfahrens abstelle und damit auf die §§ 35 ff InsO Bezug nehme; bei der Definition des Begriffs „Insolvenzmasse“ nach den §§ 35 ff InsO bestehe Einigkeit, dass Massekosten und Masseschulden nicht abzuziehen seien; die durch die Betriebsfortführung begründeten Verbindlichkeiten seien aber Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55 Abs. 1 InsO (Senat, Beschluss vom 08.08.2012 - 11 W 832/12, juris Rn. 10 ff).

**18**

§ 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 b) InsVV, welcher für den Fall der Betriebsfortführung die Bemessungsgrundlage auf den sich nach Abzug der Ausgaben von den Einnahmen ergebenden Überschuss begrenze, sei in einer Verordnung enthalten, die die Vergütung des Insolvenzverwalters regle, während § 58 GKG ein für die Gerichtskosten geltendes formelles Gesetz sei; bereits deshalb sei eine Erstreckung auf den Bereich der Gerichtskosten nicht plausibel (OLG München a.a.O. Rn. 17).

**19**

Ferner sei in § 3 Abs. 1 b) InsVV ein Zuschlag vorgesehen, um den zusätzlichen Aufwand des Insolvenzverwalters infolge der Betriebsfortführung zu honorieren, während eine entsprechende Erhöhungsmöglichkeit für die Gerichtskosten gerade nicht bestehe (OLG München a.a.O. Rn. 18).

**20**

Eher als die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 b) InsVV sei der Grundsatz des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 InsVV heranzuziehen, wonach für die Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Insolvenzverwalter Vergütung die Kosten des Insolvenzverfahrens und sonstige Masseverbindlichkeiten nicht abgesetzt würden (OLG München a.a.O. Rn. 19; Beschluss vom 25.04.2017 - 21 W 2/17 -, NZI 2017, 547, 548).

**21**

Das Argument, eine Wertfestsetzung nach dem Bruttoansatz könne den Sanierungszweck durch die Höhe der Gerichtsgebühren gefährden, greife nicht durch, da dies letztlich für alle anfallenden Kosten und Gebühren gelte (OLG München, Beschluss vom 25.04.2017 - 21 W 2/17, NZI 2017, 547, 548).

## 22

2.3. Zahlreiche andere Oberlandesgerichte legten demgegenüber den Nettoansatz zugrunde (etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.08.2020 - 5 W 421/20, juris; OLG Bamberg, Beschluss vom 05.01.2017 - 8 W 87/16, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.04.2014 - 8 W 149/14, juris; OLG Koblenz, Beschluss vom 20.01.2014 - 12 W 640/13, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 18. Januar 2013 - I-25 W 262/12, juris).

## 23

Gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 GKG seien die Gerichtsgebühren nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Insolvenzverfahrens zu bestimmen. Eine gleichlautende Formulierung enthalte § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO für die Vergütung des Insolvenzverwalters. Damit habe der Gesetzgeber eine einheitliche Berechnungsgrundlage für die Gerichtskosten und die Vergütung des Insolvenzverwalters schaffen wollen (OLG Nürnberg a.a.O., juris Rn. 17; OLG Stuttgart a.a.O., Rn. 12; OLG Koblenz a.a.O. Rn. 4). Dies ergebe sich auch aus dem Gesetzesentwurf zum Einführungsgesetz zur InsO zum § 37 GKG a.F., wo ausgeführt sei: „Für das einheitliche Insolvenzverfahren soll der Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens maßgeblich sein, für die Erhebung der Gerichtskosten ebenso wie für die Berechnung der Vergütung des Insolvenzverwalters.“ (BT-Drucksache 12/3803 S. 72; OLG Nürnberg a.a.O., juris Rn. 17).

## 24

Die Regelung in §§ 35-37 InsO verfolge demgegenüber einen anderen Regelungszweck: § 35 InsO definiere, welches Vermögen vom laufenden Insolvenzverfahren erfasst werden solle, d.h. auf welche Vermögensteile sich die Beschlagnahme erstrecke (OLG Nürnberg a.a.O., Rn. 20; OLG Koblenz a.a.O., Rn. 5). Diese unterschiedlichen Zielsetzungen verböten es, den Begriff des Werts der Insolvenzmasse im Sinne des § 58 GKG mit der Definition der Insolvenzmasse im Sinne der §§ 35-37 InsO gleichzusetzen (OLG Nürnberg a.a.O., Rn. 20).

## 25

Der Umstand, dass bei einer Betriebsfortführung auch bei Gericht ein entsprechender Mehraufwand bei der Prüfung entstehe, könne sich nicht werterhöhend auswirken, da das Gerichtskostenrecht auf die Erfüllung äußerer (objektiver) Merkmale abstelle und nicht auf den konkreten Aufwand (OLG Bamberg a.a.O., Rn. 21; OLG Nürnberg a.a.O., Rn. 21).

## 26

Schließlich bestehe bei einer Berechnung der Gerichtskosten allein aus dem Wert der Aktiva die Gefahr, dass die Insolvenzmasse durch möglicherweise ausufernde Gerichtskosten zusätzlich aufgezehrt werde (OLG Koblenz a.a.O., Rn. 6). In den Fällen der Betriebsfortführung die Staatskasse an den Umsätzen des insolventen Unternehmens (durch Steigerung der Gerichtskosten) zu beteiligen, die Gläubiger aber umgekehrt (wegen der höheren Gerichtskosten) aus einer geringeren Verteilungsmasse zu befriedigen, widerspreche Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens (OLG Bamberg a.a.O., Rn. 20).

## 27

2.4. Angesichts der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung und der nunmehr vorliegenden Literatur hält der Senat an seiner bisherigen Rechtsauffassung nicht mehr fest und schließt sich auch für Altfälle der Auffassung der Mehrheit der Oberlandesgerichte an, wonach im Falle der Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter die geschäftlich veranlassten Ausgaben bei der Wertbestimmung nach § 58 Abs. 1 GKG abzuziehen sind.

## 28

Zwar ergibt sich dies nicht unmittelbar aus der Einfügung von § 58 Abs. 1 Satz 3 und 4 GKG, da der nunmehrige Gesetzeswortlaut nicht zur Auslegung des früheren herangezogen werden kann. Auch die Begründung des Referentenentwurfs, wonach die Neuregelung der Klarstellung diene, kann insoweit nicht auf die Auslegung der früheren Gesetzesfassung zurückwirken.

## 29

Bereits § 58 Abs. 1 Satz 1 GKG ist jedoch ebenso wie § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO dahingehend auszulegen, dass im Falle der Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter die Ausgaben abzuziehen sind. Nach §

58 Abs. 1 Satz 1 GKG sind die Gerichtsgebühren nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens zu bestimmen. In § 58 Abs. 1 S. 1 GKG ist anders als in §§ 35-37 InsO nicht von der Insolvenzmasse als Summe der hierzu zählenden Vermögensgegenstände oder von dem Wert aller Gegenstände, die während des Verfahrens zur Insolvenzmasse gehörten, die Rede, sondern von dem Wert, den die Insolvenzmasse im Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens hat (OLG Hamm a.a.O., juris Rn. 15). Anders als § 35 InsO, bei dem die Eröffnung und der Verlauf des Verfahrens im Vordergrund stehen, stellen § 58 Abs. 1 Satz 1 GKG und § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung ab. Es geht um den Gesamtwert der Insolvenzmasse zu diesem Stichtag, nicht um den Wert einzelner der Masse zugeflossener Gegenstände (OLG Bamberg a.a.O., Rn. 17). Bei Beendigung des Insolvenzverfahrens ist die Masse aber um die geschäftlich veranlassten Ausgaben verringert.

### **30**

Die Begrenzung des Wertes der Insolvenzmasse zum Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung auf den Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben folgt mithin auch für die Insolvenzverwaltervergütung nicht erst aus § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 b) InsVV. Die Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 b) InsVV gestaltet den Begriff des Wertes der Insolvenzmasse zu diesem Zeitpunkt lediglich konkretisierend aus, ohne ihn in seiner grundsätzlichen Festlegung zu ändern (OLG Hamm a.a.O., Rn. 21).

### **31**

Dass für die Gerichtsgebühren trotz Mehraufwands auch des Gerichts ein Zuschlag wie in § 3 Abs. 1 b) InsVV fehlt, steht der Wertbemessung nach dem Nettoansatz aus den oben unter 2.3 vorletzter Absatz aufgeführten Gründen nicht entgegen.

### **32**

3. Die Gebühren nach Nr. 2310 KV GKG und Nr. 2320 KV GKG sind daher aus dem Wert von 288.557,19 EUR (= 2.807.418,17 EUR - 2.534.641,84 EUR + 15.780,86 EUR) zu berechnen, so dass sich unter Zugrundelegung der Gebührentabelle in der bis zum 31.12.2013 gültigen Fassung die 0,5 Gebühr nach Nr. 2310 KV GKG auf 953,00 EUR und die 2,5 Gebühr nach Nr. 2320 KV GKG auf 4.765,00 EUR berechnet.

III.

### **33**

Das Verfahren ist gebührenfrei; Kosten werden nicht erstattet (§ 66 Abs. 8 GKG).